



Association Romande des Intermédiaires Financiers

Rue de Rive 8 - CH - 1204 Genève

Tél. 022 310 07 35 - Fax 022 310 07 39 - www.arif.ch - e-mail: info@arif.ch

TVA n° 597 247

FINMA
Autorité fédérale de surveillance
des marchés financiers
2, Einsteinstrasse
CH-3003 Berne

Anticipée par email :
aurnaud.beuret@finma.ch

Genève, le 24 août 2010

Concerne : regroupement des ordonnances sur le blanchiment d'argent de la FINMA

Messieurs,

Nous vous adressons avec la présente nos remarques sur le projet d'OBA-FINMA.

D'un point de vue général, c'est naturellement l'alinéa 2 de l'article 1 qui attire particulièrement notre attention.

Celui-ci possède un côté positif en ce qu'il énonce explicitement le fait que les règlements d'autorégulation des organismes éponymes peuvent déroger à l'OBA-FINMA. Cependant, il suggère que ces règlements pourraient se limiter à régir des dérogations par rapport à l'ordonnance.

Par là même, la FINMA place l'OBA-FINMA comme source de droit primaire pour les règlements d'autorégulation, alors que ceux-ci ont été écrits, pour la plupart, avant les ordonnances d'exécution, et tirent leur légitimité des concepts fondateurs de la LBA elle-même.

Actuellement, les règlements des organismes d'autorégulation, même s'ils ont un tronc commun, diffèrent considérablement les uns des autres, et divergent aussi des dispositions applicables aux DUFI, selon le secteur d'activité principal de leurs affiliés, ou selon l'accent particulier mis sur tel ou tel mode d'organisation.

Les règlements d'autorégulation préexistent à l'OBA-FINMA projetée, et ont fait l'objet d'une autorisation administrative par laquelle leur conformité à la LBA a d'ores et déjà été examinée et reconnue au sens de l'article 18 LBA. Aucun changement fondamental de circonstance ne s'étant produit depuis cette reconnaissance, les OAR ont un droit acquis à maintenir leurs règlements en l'état, à l'exception bien sûr des adaptations nécessitées par les révisions de la LBA.

A

Cependant, celles résultant des recommandations du GAFI ont d'ores et déjà été incorporées en 2009 dans les règlements, sous le contrôle et avec l'approbation de l'Autorité de surveillance, de sorte qu'il n'y a que les nouveautés relatives à l'article 7a LBA qui restent à mettre à jour.

Il n'y a pas lieu par contre à réexamen des divergences déjà existantes entre les règlements d'autorégulation autorisés et les dispositions projetées de l'OBA-FINMA, qui ne constituent que la reprise ou le réaménagement de dispositions actuelles ou passées, sans constituer une véritable nouveauté.

A tout le moins, si la FINMA entend imposer aux OAR la mise en conformité de leurs règlements avec certaines dispositions précises et nouvelles de l'OBA-FINMA, il conviendrait de les désigner de manière explicite.

S'agissant des dispositions matérielles du projet d'OBA-FINMA, nous vous faisons part des remarques suivantes :

1. Quant aux définitions :

Nous déplorons l'abandon dans le projet de certaines définitions, telles que celle de l'organisation terroriste, de la société de groupe et du groupe, et, par-dessus tout, la définition de l'ayant droit économique.

Ces notions sont en effet très importantes et il convient d'éviter qu'elles aient des acceptions hasardeuses.

2. Valeurs patrimoniales interdites :

L'article 7 part d'un bon sentiment, mais risque de poser des problèmes d'application.

D'abord, parce qu'il conviendrait de préciser qu'il s'agit exclusivement de crimes au sens du droit suisse, et exclusivement aussi des valeurs patrimoniales susceptibles de faire l'objet de confiscation par le juge suisse. Même avec de telles cautions, la disposition peut poser des problèmes s'agissant de fonds d'Etat étrangers à propos d'éléments de patrimoine entachés d'infractions imprescriptibles.

L'alinéa 2 nous semble aller bien au-delà de la volonté du législateur, que ce soit celle exprimée par la LBA ou celle exprimée par le Code pénal, étant rappelé que l'article 305 bis aussi bien que l'article 305 ter ne sont punissables que comme délits intentionnels

Enfin, cette disposition, en ce qu'elle vise l'acceptation de valeurs patrimoniales, contredit l'un des objectifs de la loi, qui est de permettre la confiscation par l'Autorité de poursuite pénale, prévenue par l'intermédiaire financier tenu à communication : elle ne peut bloquer les valeurs que si celles-ci parviennent préalablement en mains de l'intermédiaire financier concerné, qui doit donc les accepter. Même discordance avec les dispositions qui permettent la continuation des relations dans le dessein de pouvoir suivre le cheminement de l'argent criminel, ce qui est plus intéressant pour l'enquête pénale que d'en interrompre prématurément le cours.

Pour toutes ces raisons, nous considérons que cet article 7 n'a pas sa place dans l'OBA et devrait être entièrement supprimé.

3. Garantie d'une activité irréprochable :

Il n'existe dans la LBA aucune disposition imposant aux OAR d'inscrire dans leur règlement d'autorégulation l'exigence d'une activité irréprochable. Celle-ci n'est prévue par l'article 14 LBA que pour les DUFI.

S'agissant de l'ARIF, elle n'a, depuis sa création, exigé de ses membres que la « garantie d'une bonne réputation dans l'activité d'intermédiaire financier », ce qui est un concept à la fois plus large et moins contraignant.

Il n'existe pas de base légale permettant d'étendre l'exigence d'une activité irréprochable au sens de l'article 14 LBA à l'autorégulation.

Par ailleurs, le domaine des sanctions découlant des violations de l'autorégulation relève exclusivement des dispositions statutaires et réglementaires de chaque OAR prévoyant des sanctions conventionnelles pouvant aller jusqu'à l'exclusion.

On ne voit pas comment, dans le système de l'autorégulation, une infraction au règlement d'autorégulation pourrait être sanctionnée doublement, d'abord par l'OAR, puis par la FINMA. Là encore, l'article 9 ne nous semble pas conforme à la LBA.

4. Valeurs patrimoniales de faible valeur :

Nous déplorons le fait que la FINMA ait réservé aux seuls moyens électroniques de paiement l'exemption prévue par l'article 7a LBA. En effet, par nature, de tels moyens ne sont accessibles qu'à des intermédiaires financiers importants, de type bancaire, alors que rien dans l'élaboration de l'article 7a LBA ne montre que telle était la volonté du législateur.

Il conviendra donc que la FINMA laisse une marge suffisante aux OAR pour étoffer le champ d'application de cet article. Dans cette perspective, il serait préférable d'inverser l'ordre des alinéas 4 et 5 de l'article 12, sauf à quoi on pourrait être amené à penser que les « autres cas d'exemption » ne sont concevables que de la part d'intermédiaires financiers disposant d'équipements techniques spéciaux, alors que cela ne nous semble pas devoir être le cas.

5. Sections 5 et 7, obligations de diligence accrue et mesures organisationnelles :

Les dispositions du projet d'OBA sont classiques mais également visiblement formulées selon les pratiques développées au sein du monde bancaire ou parabancaire. Il s'agit typiquement du genre de dispositions dont la FINMA ne doit pas exiger qu'elles soient appliquées à la lettre par les affiliés des OAR, qui, pour beaucoup, sont des micro-entreprises, parfois actives dans des secteurs très périphériques de l'intermédiation financière, et pour l'activité desquelles certaines de ces disposition n'ont strictement aucun sens concret, ou sont inapplicables faute de personnel suffisant.

A

Les remarques qui précèdent, dont nous vous remercions de bien vouloir tenir compte, ne nous empêchent pas de saluer ici le remarquable et colossal travail accompli par la FINMA depuis sa création pour mettre à jour et rebâtir, dans tous les domaines, la législation applicable au secteur financier, dans le sens de son amélioration.

Veillez croire, Messieurs, à l'assurance de nos sentiments dévoués.

Pour le Comité :

